

Nr. 59 Einzelrichteramt des Kantons Zug, Urteil vom 30. November 2007 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zug gegen X. – 2007/41/E

Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2, Ziff. 2 StGB; Art. 312 ff. OR: Zweckwidrige Verwendung von Anzahlungen zum Liegenschaftserwerb, Werterhaltungspflicht des Maklers.

Ob an einem Darlehen eine Veruntreuung begangen werden kann, hängt von den Parteivereinbarungen ab. Die tatbestandlich erforderliche ständige Werterhaltungspflicht des Borgers ist bei einem Darlehen nur dann gegeben, wenn es für einen bestimmten Zweck gewährt wurde; verwendet der Borger das Darlehen zweckwidrig, liegt eine unrechtmässige Verwendung anvertrauten Geldes vor. Ein Darlehen mit Werterhaltungspflicht liegt auch dann vor, wenn ein Kaufinteressent an den Makler zur Reservierung einer Liegenschaft eine Anzahlung leistet, die bei Zustandekommen des Kaufvertrags an den Verkäufer weiterzuleiten und andernfalls zurück zu erstatten ist (E. 2.1–2.3). Die Qualifikation für berufsmässige Vermögensverwalter nach Art. 138 Ziff. 2 StGB ist nur dann anwendbar, wenn Treuhandgeschäfte ein wesentliches Tätigkeitsgebiet des Beschuldigten bilden. Massgeblich ist nicht der Handelsregistereintrag, sondern die effektiv ausgeübte Tätigkeit (E. 4.2). (Regeste forumpoenale)

Art. 138 ch. 1 al. 2 et ch. 2 CP; art. 312 ss. CO: emploi à d'autres fins d'acomptes versés pour l'acquisition d'un bien immobilier, obligation du courtier de préserver la valeur d'un prêt.

Savoir si un prêt peut faire l'objet d'un abus de confiance dépend des accords passés entre les parties. Élément constitutif de l'infraction, l'obligation de l'emprunteur de préserver continuellement sa valeur n'existe pour un prêt que si celui-ci a été consenti dans un but déterminé; lorsque l'emprunteur utilise un tel prêt à d'autres fins, il y a un emploi sans droit d'argent confié. Un prêt assorti de l'obligation de préserver sa valeur est également donné lorsqu'un acquéreur potentiel, afin de réserver un bien immobilier, verse au courtier un acompte qui doit être acheminé au vendeur en cas de conclusion du contrat de vente et restitué dans l'hypothèse inverse (c. 2.3 et 2.4). L'application de la circonstance aggravante découlant de la qualité de gérant de fortune selon l'art. 138 ch. 2 CP suppose que les affaires de nature fiduciaire constituent un domaine essentiel de l'activité du prévenu. Est déterminante non pas l'inscription au registre du commerce, mais l'activité effectivement exercée (c. 4.2). (Résumé forumpoenale)

Art. 138 n. 1 cpv. 2 e n. 2 CP; art. 312 segg. CO: impiego ad altri fini di acconti versati per l'acquisto di un immobile, dovere del mediatore di conservare il controvalore di un mutuo.

Se un mutuo può essere oggetto di un'appropriazione indebita, dipende dagli accordi tra le parti. Il dovere del mutuatario, presupposto dalla fattispecie legale, di conservare costantemente il controvalore del ricevuto, è dato soltanto ove il mutuo è stato concesso per uno scopo specifico; nel caso in cui il mutuatario utilizza il mutuo per uno scopo diverso da quello accordato, vi è impiego indebito del denaro affidatogli. Un mutuo con il dovere di conservare il suo controvalore è dato anche laddove l'acquirente potenziale versa al mediatore un acconto per riservare un bene immobile, che dev'essere inoltrato al venditore in caso di conclusione del contratto oppure restituito in caso contrario (consid. 2.1–2.3). L'aggravante che risulta dalla qualità di gerente di patrimoni ai sensi dell'art. 138 n. 2 CP è applicabile solamente se le operazioni fiduciarie rappresentano un campo d'attività essenziale dell'imputato. Non è decisiva l'iscrizione nel registro di commercio, bensì l'attività effettivamente svolta (consid. 4.2). (Regesto forumpoenale)

Sachverhalt:

Der Beschuldigte X. vermittelte als Makler exklusive Liegenschaften an interessierte Käufer. Aufgrund der von X. vorgegebenen Vertragskonditionen für den Liegenschaftserwerb überwies P. bei Vertragsanbahnung eine Anzahlung an den Kaufpreis in Höhe von 60 000 CHF zum Zwecke des Erwerbs der Liegenschaft auf das von X. bezeichnete Konto der Z. Treuhand; diese Anzahlung war nach den vertraglichen Abreden zurückzuzahlen, falls der Kauf der Liegenschaft scheitern würde. Nachdem P. mangels Finanzierungsmöglichkeit vom Liegenschaftserwerb Abstand nehmen musste, verlangte P. am 9.9.2002 von X. die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung, was dieser unter Verweis auf angeblich entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen verweigerte. Am selben Tage hob X. 55 000 CHF vom Konto der Z. Treuhand ab, auf dem lediglich ein Saldo von wenigen hundert Franken verblieb. Obwohl X. nachfolgend auf dem Zivilrechtsweg rechtskräftig zur Rückzahlung von 60 000 CHF verurteilt wurde, verweigerte er abgesehen von geringfügigen Teilrückzahlungen nach wie vor die Rückerstattung. Am 3.11.2004 fiel die Z. Treuhand schliesslich in Konkurs. Gutachterlich erstellt wurde im Nachhinein, dass X. vom Zeitpunkt der Überweisung der 60 000 CHF am 28.8.2002 bis zum 30.9.2003 ersatzfähig gewesen wäre, wenn auch unter Inanspruchnahme von Kreditlimiten. Das Einzelrichteramt des Kantons Zug hat X. wegen Veruntreuung rechtskräftig verurteilt.

Aus den Erwägungen:

[...]

B. Rechtliche Würdigung

1.1 Der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich schuldig, wer ihm anvertraute Vermögens-

werte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet.

1.2 Voraussetzung für eine Veruntreuung ist, dass das Gut dem Täter anvertraut worden ist. Anvertraut ist dabei nach der ständigen Rechtssprechung des Bundesgerichts, was der Täter mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers nach dessen ausdrücklichen oder stillschweigend erteilten Weisungen insbesondere zu verwahren, zu verwalten oder dem Treugeber oder einem anderen abzuliefern (BGE 6S.57/2003, E. 3 f. und BGE 120 IV 276, E. 2). Die tatbestandsmässige Handlung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB besteht in einem Verhalten des Täters, durch welches er seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (BGE 121 IV 23, E. 1c). Der Täter bekundet seinen Willen, die Vermögenswerte unrechtmässig zu verwenden, indem er sie z.B. zu seinen Gunsten oder im Interesse eines Dritten verbraucht oder verpfändet, ohne dem Treugeber jederzeit entsprechende Gelder bzw. Sachen in gleicher Art und Menge zur Verfügung zu halten, mithin ersatzbereit zu sein (BGE 118 IV 27, E. 3a und BGE 118 IV 32 = Pra 84 (1995) Nr. 49, E. 2a f.). Es reicht aus, wenn er die Vermögenswerte so bindet, dass er nicht mehr frei darüber verfügen kann (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. Auflage, Zürich 2003, S. 114, § 7, Ziff. 2.314). Der objektive Tatbestand setzt ferner den Eintritt eines Schadens voraus (BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB, N 103). In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, d.h. das Wissen des Täters um das Anvertrautsein des Empfangenen und sein Wille, dieses abmachungswidrig in seinem eigenen Nutzen oder demjenigen eines Dritten zu verwenden. Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, wird auch die Absicht unrechtmässiger Bereicherung vorausgesetzt. An diesem Erfordernis fehlt es namentlich, wenn der Täter Anspruch auf die Werte zu haben glaubte, über die er verfügte, oder wenn er diese mit eigenen Forderungen verrechnen wollte (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, a.a.O., S. 115, § 7, Ziff. 2.32).

2.1 P. zahlte [...] CHF 60 000.00 als «down payment» auf das Konto der vom Beschuldigten geführten Einzelfirma Z. Treuhand ein. Damit ging dieser Geldbetrag ins Eigentum der Z. Treuhand bzw. des Beschuldigten über. Für den Fall, dass der Kaufvertrag zwischen P. und der Verkäuferschaft nicht zustande kommen würde, was vorliegend zutraf, traf den Beschuldigten – wie vorstehend dargelegt – die Verpflichtung, diesen Betrag dem P. zurückzuzahlen. Im Falle des Zustandekommens des Vertrages musste der Beschuldigte die Anzahlung für den Kaufinteressenten bzw. Käufer an die Verkäuferschaft weiterleiten, wobei er aufgrund des bestehenden Mäklervertrages davon seine Maklergebühr in Abzug hätte bringen dürfen. Eine Vereinbarung, wonach vertretbare Sachen, in concreto Geld im Umfang von CHF 60 000.00, an jemanden übergeben und in dessen Eigentum übergehen (Einzahlung der Anzahlung auf das Geschäfts-

konto des Beschuldigten), wobei diese Person eine Rückerstattungspflicht bzw. eine Erfüllungspflicht (Weiterleitungspflicht) trifft, kann als Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR qualifiziert werden (vgl. BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 OR, N 1 ff.).

2.2 Ob an einem Darlehen eine Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB begangen werden kann, hängt von den Vereinbarungen der Parteien ab. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einem Darlehen, bei welchem kein bestimmter Verwendungszweck verabredet ist, eine Pflicht des Borgers zur ständigen Werterhaltung zu verneinen. Der Borger darf mit dem Darlehen nach seinem Belieben wirtschaften. Er ist einzig verpflichtet, es zum vertraglichen oder gesetzlichen Termin zurückzuerstatten. Die Annahme einer Veruntreuung fällt daher ausser Betracht (BGE 120 IV 117, E. 2f). Hingegen liegt bei einem Darlehen eine unrechtmässige Verwendung des anvertrauten Geldes vor, wenn das Darlehen für einen bestimmten, auch im Interesse des Darlehensgebers liegenden Zweck ausgerichtet wurde und der Borger dieses Geld anderweitig verwendet. Es muss sich also aus dem Vertrag eine Werterhaltungspflicht ergeben (BGE 6S. 151/2003 = PRA 93 (2004) Nr. 15, E. 2.2.2; BGE 6S.835/1999, E. 1c/aa und BGE 124 IV 9, E. 1d). Die übergebenen Vermögenswerte sind für den Treuhänder diesfalls fremd und dazu bestimmt, wieder an den Berechtigten zurückzufliessen, weshalb er sie unangetastet zu lassen und dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten hat (BGE 6S.835/1999, E. 1c/aa und BGE 120 IV 117, E. 2e).

2.3 Aufgrund der unter Ziff. 2.1 vorstehend dargelegten Vereinbarung durfte der Beschuldigte über die vom P. auf das Geschäftskonto der Z. Treuhand einbezahlte Anzahlung von CHF 60 000.00 nicht nach Belieben verfügen. Vielmehr traf ihn die Verpflichtung, diesen Betrag bis zum Abschluss des Kaufvertrages oder einer Desinteresseerklärung des P. am Abschluss des Kaufvertrages unangetastet zu lassen bzw. jederzeit bereit zu halten. Die Pflicht, das Geld zur Verfügung zu halten, lag damit im Interesse des P. und sollte eine Rückzahlung absichern. Die Anzahlung des P. wurde dem Beschuldigten damit – entgegen der Ansicht der Verteidigung – mit einer Zweckbindung und einer Werterhaltungspflicht übergeben und wurde ihm somit im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut.

2.4 Selbst wenn die Vereinbarung als Vorvertrag zu einem Liegenschafts Kaufvertrag gewertet würde, welcher zu seiner Gültigkeit öffentlich zu beurkunden gewesen wäre, würde sich nichts daran ändern, dass der Betrag von CHF 60 000.00 dem Beschuldigten anvertraut war und er bei Bekundung des Desinteresses des P. am Kauf der Liegenschaft [...], zur Rückzahlung der Anzahlung verpflichtet gewesen wäre. So stellte das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall auf das zwischen den «Parteien» entstandene Vertrauensverhältnis ab, womit es eine übergebene Sache trotz Nichtigkeit des Vertrages als anvertraut ansah (vgl. BGE 86 IV 160, E. 4a).

2.5 Der P. teilte dem Beschuldigten telefonisch und mit Faxschreiben vom 9.9.2002 mit, dass er die Liegenschaft [...] in Zug nicht kaufen werde und forderte gleichzeitig seine Anzahlung von CHF 60 000.00 zurück. Damit löste der P. die Rückzahlungsverpflichtung des Beschuldigten aus. Der Beschuldigte bezahlte jedoch bis zum heutigen Zeitpunkt die geschuldeten CHF 60 000.00, mit Ausnahme eines Betrages von CHF 2000.00, nicht zurück. Im Gegenteil hob er am selben Tag, an dem der P. die Anzahlung auf das Konto der Z. Treuhand einbezahlt hat, einen Betrag von CHF 55 000.00 ab, so dass nach dieser Transaktion auf diesem Konto bloss noch ein Saldo zugunsten der Z. Treuhand von ein paar hundert Franken verblieb ([...]). Darin ist eine zweckwidrige Verwendung bzw. eine relevante Enteignungs- sowie Aneignungshandlung des Beschuldigten zu erblicken, es sei denn, der Beschuldigte sei ersatzbereit gewesen.

2.6 Ersatzbereitschaft muss verneint werden, wenn der Beschuldigte vom Zeitpunkt der Abbuchung ab dem Konto bis zur Fälligkeit der Rückzahlung am 9.9.2002 (der P. verlangte damals die Rückzahlung mangels weiteren Interesses am Kaufobjekt) nicht dauernd ersatzfähig und -willig gewesen ist. Der Beschuldigte musste seit dem Eingang der Zahlung dauernd ersatzbereit sein, da täglich ein Nichtzustandekommen des Kaufvertrages zwischen dem P. und der Verkäuferschaft möglich war und er damit stets mit der Rückzahlung rechnen musste.

2.7 Gemäss dem Bericht des eidg. dipl. Wirtschaftsprüfers des Untersuchungsrichteramtes des Kantons Zug ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte vom Zeitpunkt der Überweisung der CHF 60 000.00 am 28.8.2002 bis am 30.9.2003 in der Lage gewesen wäre, dem P. die CHF 60 000.00 zurückzuzahlen, wenn auch teilweise unter Inanspruchnahme der Kreditlimiten ([...]). Ersatzfähigkeit ist für den relevanten Zeitpunkt daher zu bejahen. Die Ersatzwilligkeit muss jedoch verneint werden. So hielt der Beschuldigte – wie ausgeführt – auf die Aufforderung des P. vom 9.9.2002 hin, die Anzahlung von CHF 60 000.00 zurückzubezahlen ([...]), fest, es sei ihm nicht erlaubt, diesen Betrag zurückzuerstatten, weil er ihn im Namen und für die Verkäuferschaft eingezogen habe ([...]). Der Beschuldigte, der – wie nachfolgend ausgeführt wird – wusste, dass er zur Rückzahlung der Anzahlung verpflichtet war, war im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung somit nicht gewillt, den Betrag, der nachweislich auf dem Konto der Z. Treuhand eingegangen war und den er nicht an die Verkäuferschaft weiterleitet hat, zurückzuzahlen. Wenn der Beschuldigte in der untersuchungsrichterlichen Befragung vom 25.7.2006 geltend machte, er hätte dem P. das Geld gerne zurückbezahlt, bekanntlich sei jedoch über ihn der Konkurs eröffnet worden ([...]), so ist hervorzuheben, dass der Konkurs am 3.11.2004 eröffnet wurde, der Beschuldigte jedoch seit dem 9.9.2002 verpflichtet gewesen wäre, dem P. die bezahlten CHF 60 000.00 zurückzuzahlen. Der Beschuldigte spies jedoch den P. mit dem Schreiben vom 2.10.2002 ab. Ange-

sichts dessen und angesichts des Umstandes, dass der Beschuldigte am selben Tag, an dem der P. die Anzahlung von CHF 60 000.00 auf das Geschäftskonto der Z. Treuhand einbezahlt hatte, CHF 55 000.00 von diesem Konto abhob, manifestierte er seine fehlende Ersatzwilligkeit. Er nahm damit eine relevante Enteignungs- und Aneignungshandlung vor.

2.8 Zweifelsohne wurde der P. durch das Verhalten des Beschuldigten geschädigt, wurde ihm doch die geleistete Anzahlung, mit Ausnahme zweier Zahlungen im Jahre 2005 über gesamthaft CHF 2000.00, bis heute nicht zurückerstattet, obwohl er über ein rechtskräftiges Urteil verfügt, gemäss welchem der Beschuldigte zur Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von CHF 60 000.00 verpflichtet ist. Der Beschuldigte erfüllte damit in objektiver Hinsicht den Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

[...]

4.1 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten weiter vor, die Handlungen als berufsmässiger Vermögensverwalter vorgenommen zu haben, womit er der qualifizierten Strafandrohung von Art. 138 Ziff. 2 i.V.m. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB unterliege.

4.2 Die Einzelfirma des Beschuldigten war [von 1963 bis 2005] im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen und wurde [Anfang 2005] infolge Geschäftsaufgabe gelöscht ([...]). Der Zweck der Einzelfirma Z. Treuhand bestand gemäss Handelsregistereintrag im Betrieb eines Treuhandbüros. Der Beschuldigte gab jedoch an, seit 1990 nicht mehr als Vermögensverwalter, sondern ausschliesslich als Liegenschaftsmakler tätig gewesen zu sein ([...]). Diese Darstellung kann dem Beschuldigten nicht widerlegt werden. Damit ist nicht ausgewiesen, dass nach dem Jahr 2002 Treuhandgeschäfte zumindest ein wesentliches Tätigkeitsgebiet des Beschuldigten bildeten (BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB, N 166 f.). Da es letztlich darauf ankommt, welche Tätigkeit der Beschuldigte effektiv ausübte und nicht, was im Handelsregister eingetragen war, ist zugunsten des Beschuldigten anzunehmen, dass er zur fraglichen Zeit nicht als berufsmässiger Vermögensverwalter tätig war und insofern Art. 138 Ziff. 2 StGB nicht zur Anwendung gelangt. Der Beschuldigte ist damit der Veruntreuung zum Nachteil des P. gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen.

[...]

Bemerkungen:

I. Der vorstehende Entscheid überträgt die bundesgerichtliche Praxis zur Frage der Veruntreuung von Darlehen vor schnell auf einen ähnlich gelagerten, aber eben nicht deckungsgleichen Fall. So wird unter Verweis auf die inzwischen ganz herrschende Meinung zunächst zutreffend dargelegt, dass die Annahme einer Veruntreuung bei einem Darlehensvertrag ausnahmsweise möglich ist, wenn sich aus dem Darlehensvertrag eine zwischen den Parteien vereinbarte Wert-

erhaltungspflicht ergibt. In diesem Fall hat der Treuhänder dem Treugeber den Wert des Empfangenen ständig zu erhalten (vgl. BGE 120 IV 117, 121, E. 2e: Darlehen zum Zweck des Erwerbs sowie Weiterverkaufs einer Liegenschaft und aus dem Erlös vorzunehmende Rückzahlung; BGE 124 IV 9, 12 f., E. 1e: Darlehen, welches nur verwendet werden durfte zur Zahlung von Forderungen für Arbeit und Material beim Bau eines Hauses). Zweifelhaft ist jedoch, ob das in diesem Entscheid behandelte Rechtsverhältnis zwischen dem Beschuldigten und P. überhaupt als Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR qualifiziert werden kann. Nach den Feststellungen zum rechtserheblichen Sachverhalt hatte der Kaufinteressent P. an den Makler X. zur Reservierung einer Liegenschaft eine Anzahlung geleistet, die bei Zustandekommen des Kaufvertrags an den Verkäufer weiterzuleiten und andernfalls zurück zu erstatten ist (E. 2.1 und 2.3). Diese Parteivereinbarungen verleiten das Gericht zu der Annahme, es liege ein Darlehen vor, das sich – entsprechend der gesetzlichen Legaldefinition des Art. 312 OR – richtigerweise dadurch auszeichnet, dass vertretbare Sachen an jemanden übergeben werden und in dessen Eigentum übergehen, wobei diese Person eine Rückerstattungspflicht bzw. eine Erfüllungspflicht (Weiterleitungspflicht) trifft (E. 2.1; SCHÄRER/MAURENBRECHER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], BSK OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 312 N 1 ff.). Rein subsumtionstechnisch erscheint daher auch in der vorliegenden Konstellation die Annahme eines Darlehens grundsätzlich möglich. Völlig in Vergessenheit gerät dabei aber, dass der Beschuldigte hinsichtlich der ihm anvertrauten Vermögenswerte nicht nur eine Werterhaltungspflicht, sondern den gerichtlichen Feststellungen zufolge zudem die Verpflichtung hatte, die anvertrauten Vermögenswerte jederzeit bereit zu halten, «da täglich ein Nichtzustandekommen des Kaufvertrages zwischen P. und der Verkäuferschaft möglich war und er damit stets mit der Rückzahlung rechnen musste» (E. 2.3 und 2.6). Die danach bestehende Verpflichtung, das Geld jederzeit bereit zu halten, steht aber, anders als eine blosse Werterhaltungspflicht, dem Sinn und Zweck eines Darlehens von vornherein entgegen. Ein Darlehen wird dem Borger gewährt, damit er über die Darlehenssumme grundsätzlich frei verfügen kann; er ist einzig dazu verpflichtet, es zum vertraglichen oder gesetzlichen Termin zurückzuerstatten (NIGGLI/RIEDO, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StGB II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 138 N 67; DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, 123). Selbst wenn die freie Verfügung des Borgers über die Darlehenssumme durch Parteivereinbarung auf einen bestimmten Verwendungszweck beschränkt ist, z.B. auf den Kauf einer Liegenschaft oder die Investition in ein Bauwerk, und ihn insoweit eine Werterhaltungspflicht trifft, so darf der Borger über die Darlehenssumme zumindest im Rahmen der Parteivereinbarung verfügen. Anders dagegen im vorliegenden Fall: Hier wurde vereinbart, dass der Beschuldigte die anvertrauten Vermö-

genswerte jederzeit zur Verfügung halten muss. Letztlich hat er somit nicht mehr Geld zur Verfügung als vor der «Darlehensaufnahme», weil er eine entsprechende Geldsumme zur Rückzahlung jederzeit bereithalten muss. Damit drängt sich aber unweigerlich die Frage auf, weshalb der Borger ein derartiges «Darlehen» überhaupt aufnehmen sollte, bleibt doch keinerlei finanzieller Anreiz für ihn. Eine solche Vertragsabrede lässt sich mit dem eigentlichen Grundgedanken eines Darlehens im Sinne von Art. 312 OR nicht vereinbaren. Angesichts des Umstandes, dass der Verwahrungszweck gegenüber dem Kreditzweck eindeutig im Vordergrund stand, hätte sich daher wohl eher – trotz der Zinszahlungspflicht des Beschuldigten – die Annahme eines depositum irregularis nach Art. 481 OR (vgl. BSK-KOLLER, Art. 481 OR N 11) aufgedrängt.

Auf die exakte obligationenrechtliche Verortung des Vertragsverhältnisses zwischen P. und dem Beschuldigten kommt es aber letztlich gar nicht an, so dass sich das Gericht ganz ohne Not auf zivilrechtliches Glatteis begeben hat. Ausschlaggebend und genügend für die strafrechtliche Beurteilung ist nämlich die Feststellung, dass dem Beschuldigten die Vermögenswerte durch P. jedenfalls im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut waren. Anvertraut ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, was der Täter mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers nach dessen ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Weisungen zu verwahren, zu verwalten oder dem Treugeber oder einem anderen abzuliefern (BGE 120 IV 117, 119; BGE 120 IV 276, 278). Diese Voraussetzungen waren ungeachtet der juristischen Qualifikation des entsprechenden Vertragsverhältnisses erfüllt, nachdem erstellt ist, dass der Beschuldigte die empfangene Anzahlung jederzeit an P. zurückzuerstatten oder an den Verkäufer der Liegenschaft weiterzuleiten und darum mit einer Zweckbindung und einer Werterhaltungspflicht erhalten hatte (E. 2.3).

II. Fragwürdig ist weiter, ob die Veruntreuungshandlung, also die von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB geforderte unrechtmässige Verwendung der Vermögenswerte, tatsächlich zu dem vom Gericht bestimmten Zeitpunkt – der am 28.8.2002 erfolgten Abhebung von 55 000 CHF vom Konto der Z. Treuhand (E. 2.5) – stattgefunden haben kann.

1. Vorab ist festzuhalten, dass Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gegenüber Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB subsidiär und demzufolge erst anwendbar ist, wenn das Tatobjekt nicht in einer fremden beweglichen Sache besteht (BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 26; DONATSCH, 117; STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 13 N 54). Für Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verbleiben damit drei Kategorien von *Tatobjekten*: Erstens fallen darunter dem Täter anvertraute, in sein Eigentum übergegangene individuell bestimmte Sachen (z.B. aufgrund eines pactum fiduciae), zweitens dem Täter anvertraute, in sein Eigentum

übergegangene vertretbare Sachen und drittens dem Täter anvertraute Forderungen (BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 27 ff.; DONATSCH, 117 f.; STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 55), wobei man bei dieser letzten Kategorie bezüglich Buchgeldern zusätzlich danach differenziert, ob sich die anvertrauten Vermögenswerte auf einem Fremdkonto oder einem Eigenkonto des Täters befinden (DONATSCH, 128 f.; STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 57).

2. Diese Kategorisierung hat nicht nur rein systematischen Nutzen, sondern ist zugleich wegweisend für die Überlegung, unter welchen Voraussetzungen der Täter Vermögenswerte im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB unrechtmässig verwendet, spricht: für die Bestimmung der *Tathandlung*. Insoweit muss ausgehend von den vorgenannten Kategorien wiederum differenziert werden.

Sowohl bei der Kategorie der auf einem Eigenkonto befindlichen anvertrauten Vermögenswerte als auch bei der Kategorie anvertrauter vertretbarer Sachen, die ins Eigentum des Täters übergegangen sind, besteht die tatbestandsmässige Handlung darin, dass der Täter seine Werterhaltungspflicht verletzt. Es wird hier der obligatorische Anspruch des Treugebers geschützt und nicht dessen Eigentum (DONATSCH, 125). Von einer Vereitelung des obligatorischen Anspruchs des Treugebers kann aber nur dann die Rede sein, «wenn der Täter anvertrautes Geld ohne jederzeitige Ersatzmöglichkeit verbraucht oder so bindet, dass er nicht mehr frei darüber verfügen kann, (...) nicht hingegen bei blosser Nichterfüllung einer Zahlungspflicht» (STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 58; vgl. auch BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 100; DONATSCH, 126).

Diese Definition der Tathandlung gilt indes nicht für die Kategorie der anvertrauten Vermögenswerte, die sich auf einem Fremdkonto des Täters befinden: «Verfügt der Täter hier in pflichtwidriger Weise über das entsprechende Guthaben oder den eingeräumten Kredit, wird schon darin eine Verletzung der Werterhaltungspflicht und somit eine unrechtmässige Verwendung anvertrauter Vermögenswerte liegen, ohne dass es darauf ankäme, ob der Täter anderweitig über entsprechende Gelder verfügt» (DONATSCH, 130; vgl. auch BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 101). In gleicher Weise ist mit anvertrauten, ins Eigentum des Täters übergegangenen individuell bestimmten Sachen zu verfahren: «Die tatbestandsmässige Handlung ist hier darin zu erblicken, dass der Täter zu seinen oder eines Dritten Gunsten in Verletzung der mit dem Treugeber getroffenen Vereinbarung über den Gegenstand verfügt» (DONATSCH, 119; vgl. auch BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 99).

Weil die vereinbarungswidrige Verfügung über die anvertrauten Vermögenswerte hier bereits für sich genommen eine unrechtmässige Verwendung darstellt und den objektiven Tatbestand erfüllt, hat die Ersatzfähigkeit des Täters in diesen beiden Konstellationen – anvertraute Vermögenswerte auf einem Fremdkonto sowie anvertraute, ins Eigentum des Täters übergegangene individuell bestimmte Sachen –

im Rahmen des objektiven Tatbestandes keine Relevanz. Eine allfällige Ersatzfähigkeit spielt hier lediglich als subjektives Korrektiv im Rahmen der Bereicherungsabsicht eine Rolle (DONATSCH, 119, 130). An der Bereicherungsabsicht des Täters fehlt es, wenn dieser ersatzbereit ist. Die Ersatzbereitschaft setzt sich dabei einerseits aus der Ersatzfähigkeit und andererseits aus der Ersatzwilligkeit des Täters zusammen, welche damit grundsätzlich subjektive Tatbestandselemente darstellen (BSK-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 109; DONATSCH, 119; STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 31 ff., N 59).

Diese Tatbestandsstruktur, bei der eine Ersatzfähigkeit des Täters erst im Rahmen des subjektiven Tatbestandes Berücksichtigung findet, passt jedoch nicht auf sämtliche Fallkonstellationen des Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Bei der Veruntreuung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB spielt die Ersatzfähigkeit vielmehr in zwei Konstellationen – bei anvertrauten Vermögenswerten auf dem Eigenkonto sowie bei anvertrauten, ins Eigentum übergegangenen vertretbaren Sachen – bereits im objektiven Tatbestand bei der Tathandlung der unrechtmässigen Verwendung des Vermögenswertes eine Rolle. Da insoweit entscheidend ist, ob der Täter eindeutig den Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln (DONATSCH, 125; STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 58), kann die Ersatzfähigkeit des Täters der Annahme einer solchen Anspruchsvereitelung entgegenstehen.

3. Auf den vorliegenden Entscheid übertragen, heisst dies Folgendes:

Die dem Beschuldigten anvertrauten 60 000 CHF befanden sich auf dem Konto der von ihm geführten Einzelfirma Z. Treuhand und somit auf einem Eigenkonto des Beschuldigten. In dieser Fallkonstellation liegt die tatbestandlich geforderte unrechtmässige Verwendung der Vermögenswerte wie dargelegt darin, dass der Täter mit seinem Verhalten seinen Willen manifestiert, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln. Das Gericht stellt insoweit auf die fehlende Ersatzwilligkeit des Beschuldigten ab, geht aber zugleich auf der Grundlage des Wirtschaftsprüferberichts davon aus, dass der Beschuldigte vom Zeitpunkt der Überweisung am 28.8.2002 an bis zum 30.9.2003 in der Lage gewesen wäre, P. die 60 000 CHF zurückzuzahlen, wenn auch teilweise unter Inanspruchnahme der Kreditlimiten (E. 2.7). Das Verhalten des Beschuldigten beschränkt sich also in diesem Zeitraum offensichtlich auf die Nichterfüllung des Rückzahlungsanspruchs des P. trotz erwiesener Rückzahlungsfähigkeit: Der Beschuldigte konnte zahlen, tat es aber nicht. Ein solches Verhalten mag für den Treugeber P. lästig sein, eine unrechtmässige Verwendung der dem Beschuldigten auf dessen Eigenkonto anvertrauten 60 000 CHF Buchgeld manifestiert dieser damit jedoch nicht. Dies ist vielmehr erst der Fall, wenn er die anvertrauten Vermögenswerte entgegen den Vereinbarungen bzw. Weisungen in zweckwidriger Weise verwendet, d.h. verbraucht oder veräussert etc.,

ohne über entsprechende Vermögenswerte in der erforderlichen Art und/oder Höhe zu verfügen. Der objektive Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB kann daher – jedenfalls in diesem Zeitraum und durch die Abbuchung von 55 000 CHF am 28.8.2008 – nicht erfüllt gewesen sein. Andernfalls wäre im Übrigen auch jede zivilrechtliche Auseinandersetzung zwischen Vertragsparteien über Rückzahlungspflichten verunmöglicht. Dem an sich vorgesehenen Zivilverfahren mit anschliessendem Betreibungsverfahren zur Durchsetzung eines titulierten und realisierbaren Zahlungsanspruchs wäre plötzlich die Strafdrohung der Veruntreuung als hoheitliche «Inkassohilfe» zur Seite gestellt. Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass nach dem als rechtserheblich festgestellten und der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt keine Veruntreuungshandlung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vorliegt.

Lic. iur. Sonja Pflaum, Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich